

POR EL CONUENTO,

Y RELIGIOSOS DE LA OBSERVANCIA DE SEñOR SAN FRANCISCO DE LA Ciudad de Cadiz, y su Sindico en su nombre, y de la Santa Sede Apostolica.

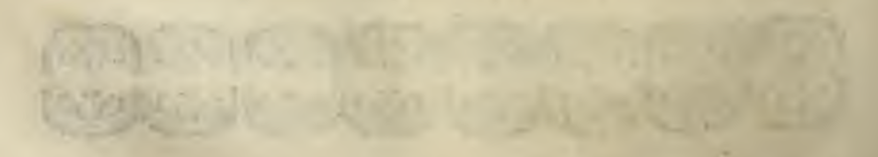
EN EL PLEYTO

CON EL PADRE RECTOR, Y COLEGIO DE LA COMPAñIA DE IESVS de la dicha Ciudad, como Administrador del Patronato que fundò Doña Leonor Gonçalez de Albelda, y su Alvazea testamentario.



Impresso en Granada. En la Imprenta Real de Francisco de Ochoa, año de 1693.





N.1. PRETENDE EL SINDICO del Convento de señor San Francisco en su nombre, y de la Sede Apostolica, se cumpla el legado que dicha Doña Leonor dexò por su testamento, de la heredad de la Ysla de Leon al dicho Convento, con la obligacion de dezir cada dia del año perpetuamente vna Missa rezada, y dos cantadas en las fiestas de Nuestra Señora, y que para este efecto se le dè la possession de la heredad referida, reformando la sentencia de vista, que se la mandò al Rector del dicho Colegio, como Administrador, y Patrono del dicho Patronato, y confirmò en esto la sentencia del Iuez Inferior. O que se mande vender la heredad, para que la Memoria de Missas se cumpla, y su limosna se entregue al Sindico, para que en nombre de su Santidad la distribuya en las Religiosas, necessidades. O que se condene al Rector, y Colegio, à que como posseedores de la heredad, paguen al Convento, y su Sindico la dicha limosna, para que (como mandò la testadora) en èl se digan las Missas.

2 Y para que con clara explicacion se manifiesten los fundamentos que à la justicia del Convento assisten, se harà division dellos en tres medios. En el primero, se tratarà de la exclusion de la incapacidad que al Convento se opone para la adquisicion de este legado. En el segundo, de la voluntad de la testadora. Y en el tercero, de satisfazer las objecciones en que el Colegio funda su pretension, y convencer las doctrinas de que se vale.

PRIMER MEDIO.

3 Por las disposiciones Canonicas, y Decretos Pontificios se hallan los Religiosos, y Conventos Regulares Observantes de señor San Francisco, excluidos de

de toda succession testamentaria en comun, y en particular, conque por ningun medio de herencia son capazes de adquisicion, como opuesta à su Regla, y Estatutos. Assi parece lo determinarõ la Santidad de Nicolao III. en el *cap. exiit, qui seminat, §. cæterum, de verbor. significat. in 6.* Y la de Clemente V. en el Concilio de Viena: Decreto tambien incorporado en el Derecho por la *Clementina exivi, de Paradyso, §. quia igitur, eodem tit. de verbor. signif.* Dõde parece, que de cõsentimiento de toda la Religion, reformada con la obsservancia, se derogaron, y renunciaron todos los Privilegios concedidos à los Religiosos, y Conventos Claustrales de señor San Francisco, por la Santidad de Clemente IV. y Sixto IV. de cuyas Bullas hazen mencion Laercio Cherubin. *in Compend. Bullar. Constit. 1. Clement. IV. Schol. 1. & 2.* Y el P. Fr. Manuel Rodrig. *tom. 2. qq. Regular. quæst. 78. art. 1. num. 1. & 2.*

4 Por cuyas ordenes, y decretos los hazen incapazes de toda succession hereditaria, mandas, legados, donaciones causa mortis, Obras Pias, y Aniversarios perpetuos, como todo opuesto à su Sagrada Regla, voto, y Constituciones. Los DD. que escrivieron la materia, assi Theologos, como Iuristas de ambos derechos, que juntan, y refieren D. Menchaca, Dueñas, Quesada, Azor, Lessio, Soto, Suarez, Molina, & alij apud Fr. Manuel, *qq. regular. tom. 2. quæst. 78.* Sanchez, & Episcop. August. Barbos. *in collectan. dict. Clementin. exivi*, Roxas, *de incompatibilit. maiorat. 7. p. cap. 5. num. 3.* & ab his non relato Fr. Laurent. Portel. *in respons. moral. cas. 4.*

5 Esta es la regla generica de la incapacidad, veamos si se ajusta à nuestro caso, porque si hallaremos, que en èl no corre, y cessa la razon de decidir de los sagrados Decretos, avrà de cessar su decision: y que no solo por dicha Regla no tienen exclusion, si no admission expressa para la adquisicion deste legado los Conven-

ventos de Menores Obſervantes, ſe le avrà de cumplir, y entregar, al que defendemos, la heredad que le dexò Doña Leonor de Albelda.

6 La razon de las deciſiones Pontificias fue el voto de Pobreza, que ſu Fundador Seraphico les puſo, y cerrar la puerta à la adquiſicion de bienes temporales, por donde el voto de Mendicidad pudiera relaxarſe, como ſe evidencia de las palabras de los referidos Capitulos, que por prolixas no alegamos. Eſta ceſſa en nueſtro caſo, luego deberà ceſſar ſu diſpoſicion, ex regula, *l. adigere*, *§. quamvis*, *ff. de iur. patron.* & per conſequens ſera capaz el Convento de adquirir el legado por la miſma diſpoſicion de los Decretos Pontificios. La mayor del ſilogiſmo es innegable. La menor ſe prueva por la verdad del hecho patente en la miſma coſa legada, pues conſta de los autos, y no podrà negar la parte del Colegio, que la heredad de la Yſla de Leon, que dexò al Convento la teſtadora, es vna huerta, y hazienda de recreo, ò vn jardin, ò carmen de diverſion, ſegun el termino que por acà ſe les dà à eſtas poſſeſsiones; y ſiendo eſto cierto, la ilacion de la conſequencia lo es tambien, por la expreſſa permiſsion, y capacidad, que los miſmos ſagrados Decretos dàn de tenerla, gozarla, y poſſeerla à los Conventos Obſervantes de la Religion Seraphica.

7 Ita expreſsè habetur *in dict. Clementina exivi*, *§. licet*, *de verb. ſignif.* ibi: *Licet verò non ſolum ſit licitum, ſed, & multum conveniens rationi, quod fratres, qui in laboribus ſpiritualibus orationis, & ſtudij ſedulè occupantur, hortos, & areas habeant competentes ad recollectionem, vel recreationem ſui, & interdum ad ſe ipſos poſt labores huiuſmodi corporaliter deducendos; necnon ad habenda neceſſaria hortalicia pro ſe ipſis.* Bien clara, y expreſſa es la conceſsion de los legados de huertas, y heredades, para deſcāſo, diverſion, y recreo de los Religioſos Menores Obſervantes, y cō-

 for-

forme à razon, el que las tengan, y possean para alivio del animo ocupado con los estudios, y continuos desvelos del trabajo, y oraciones : luego fue licito à Doña Leonor de Albelda el dexarselo, y à los Religiosos, y Convento el aceptarlo, y entrar en la heredad para dezir las Missas que les dexò encargadas por su alma, en memoria, y agradezimiento del beneficio; y agasajo que en dexarles esta alhaja de diversion les hizo: por no aver repugnancia, antes, si, expressa conformidad con el voto, y Reglas de la Religion; vt in individuo notant, & concludunt DD. *in dict. Clementina, §. licet*; relati à Fr. Manuel Rodriguez, vbi supra, & à Fr. Anton. de Corduba, in Regula S. Francisci, *cap.* 6. *quæst.* 10. *punct.* 2. & à P. Thoma Sanchez, *de statu Religioso, lib.* 7. *cap.* 26. *num.* 19.

8 Y aunque no fuera de diversion, y recreo meramente, si no de vtilidad, y renta, pudiera todavia adquirirlo el Convento con la carga de Missas; porque dichos Decretos Canonicos miraron solo, como dexamos dicho, a prohibir la entrada à la adquisicion de riquezas, por donde el voto de pobreza se relaxasse; no empero a privarles de los beneficios, limosnas, y agasajos que los Fieles sus devotos en vida, ò en muerte quisieren hazerles: pues el derecho no coarta, ni limita la gratitud, y liberal beneficiencia, que el devoto caritativo quiere hazer, no solo al que es tan pobre, y mendigo, como vn Convento de Religiosos de señor S. Francisco, à quien la vniversal devocion Catholica, aun entre los Infieles, estima, y desea aliviar, y socorrer, por que no perezcan, sino à otras qualesquier personas, en quien aun sin merecerlo, la piedad humana quiera exercitarse; si solo à impedir la adquisicion de bienes temporales, que escusen la mendicidad, vt notan Fr. Manuel, *tom.* 2. *qq. regular. quæst.* 126. *art.* 3. P. Sanch. *lib.* 7. *de statu Religios. cap.* 26. *à num.* 35.

9 Y assi, para que se compadezcan la Regla, y Vo-

y Voto con la caridad de los bienhechores, y el buẽ zelo destos en socorrer los Religiosos, no se frustre con la prohibicion de la Regla, dispuso el Derecho Canonico con advertida prudencia, que los bienes dexados à los Conventos Observantes, se adquiriessen à la Sede Apostolica, y à su Santidad, como su Administrador, para que como Patron, y universal Tutor de las Religiones, lo administre, y distribuya sus rentas à su prudente arbitrio, y disposicion por via de limosna en los socorros necessarios, y segun la indigencia de los Religiosos. Y assi està prevenido por Bullas de la Santidad de Alexandro VI. y otros Pontifices posteriores, sinembargo de la extravagante, *ad conditorem de verbor. signif.* de Ioan XXII. donde por su Santidad se avia renunciado este derecho de administracion, que lo bolviò à admitir, y recibir, y oy lo conserva, y nombra vn Sindico en cada Convento, que en su nombre recoja los bienes, y efectos que se dexan à los Religiosos, y Conventos Observantes. Como consta de los privilegios de la Religion Seraphica en la palabra *Paupertas*, y lo refieren, y concluyen en terminos Soto, *de iust. & iur. quæst.* 1. *art.* 1. Ledesma, Sorbo, Alcozer, & alij apud Fr. Manuel, *tom.* 2. *qq. regul. quæst.* 125. *art.* 6. Sanch. *dict. lib.* 7. *cap.* 18. *à n.* 12. Dom. D. Fernand. Menchaca, *illustr. controuers. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 10. Azor, & alij collecti ab August. Barbos. *in dict. extrauag. ad conditorem, num.* 6. y consta del mismo *cap. exijt, qui seminat*, *de verbor. significat. in* 6. *§. cœterum.*

10 Luego aunque Doña Leonor de Albelda dexasse al Convento de señor San Francisco la heredad en possession, y propriedad, y con prohibicion de enagenacion, y que por esta causa no pueda tenerla, y posseerla, se le adquirirà à la Sede Apostolica, y administrandola su Santidad, y su Sindico en su nombre, cõque no abrà repugnancia al voto, y se cumplirà la voluntad de la testadora, y se harà repartimiento, y distri-

bu-

bucion de la Renta que produxere en las Religiosas necessidades por via de limosna; conq no solo no se relaxa, sino que antes con recibir estas limosnas, se cumple el voto de Mendicidad, tomando lo que la charidad devota de la testadora les quiso dexar para su socorro, vt tradunt DD. vbi proximè, & Fr. Man. *dict. quæst.* 126.*art.*1. & Bartol. *in tractat. minoritar. lib.* 2. *distinct.*1.*cap.*1.*à num.*4. & P. Sanchez, *dict. lib.* 7. *cap.* 26.*num.*13.

11 De esta forma aceptò el legado el Sindico de dicho Convento, en nõbre de la Sede Apostolica, por la incapacidad de parecer eñ juizio, y de pedir esta limosna el Convento, conque no se puede escusar el Alvazea, y Administrador del Patronato de cumplirlo, pidiendolo parte tan legitima, como el Sindico, para que se le dè la possession de la heredad de la Ysla de Leon, y la administre en nombre de su Santidad, que disponga della, y de su propriedad à su arbitrio, y su renta la convierta en las limosnas mas convenientes del Convento, y haga dezir las Missas que dexò la testadora, vt in individuo resolvunt Fr. Ant. de Cordub. *in regula S. Francisci, cap.*4.*quæst.*16.*punct.* 2. Fr. Man. *qq. regul. tom.*2.*quæst.*78.*art.*1. con otros que junta, y sigue Authores de la misma Religion de la Compañia, contraria en este pleyto, el docto P. Thomas Sanch. *lib.* 7. *de stat. Religios. dict. cap.*26.*num.*58. *&* 63.

12 Y quando no pudieran por este medio entrar el Sindico, ni el Convento en la possession de la heredad, y se caducara el legado por la incapacidad que se le opone, y averseles dexado al Convento en propriedad, con prohibicion de enagenacion, todavia el Rector, y Colegio de la Compañia, como Patronos del Patronato que dexò instituido por heredero, estàn obligados à cumplir las Missas, y dezirse en el Convento de S. Francisco, donde la testadora lo ordenò, porque aunque el legado por la incapacidad del Legatario, se ca-

du-

duque, y passe la cosa legada al heredero, ha de ser con la carga, y gravamen de la Obra Pia que dexò el testador, porque esta no se caduca, ni se anula: es texto expresso, en que assi lo determina el Emperador Iustiniano, *in l.* 1. *§. pro secundo, C. de caduc. tollend.* ibi: *Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam grauamen, quod ab initio fuerat complexum, omnimodo sentire; sivè in dando sit constitutum, sivè in quibusdam faciendis, vel in modo, vel cōditionis implendæ gratia, vel alia quacumque via excogitatum. Nec enim ferendus est is, qui lucrum quidē amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.* Y en terminos lo concluyen Martin Navarro, *tom.* 3. *consilior. tit. de testament. cons.* 8. *à num.* 8. Iacob. Menoch. *cons.* 1014. *num.* 4. *vol.* 11. P. Sanchez, *dict. cap.* 26. *num.* 50.

13 Haziendo el Iuez Eclesiastico, ò el Secular, que se cumpla esta Memoria, que se digan las Missas, y que al Convento de San Francisco, y su Sindico se entregue la limosna, vt ita probatur ex Iurisconsf. Papiniani decisione, *in l. hæreditas* 50. *ff. de petition. hæredit.* donde resuelve, que aunque los herederos, por defecto de accion en el legatario, no puedan ser convenidos à cumplir la Obra Pia que dexò el testador, sinembargo porque esta no quede frustrada, y sin efecto, deben ser compelidos, y apremiados al cumplimiento de la Obra Pia por el Iuez Eclesiastico, ò Secular, ibi: *Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione hæredes ad monumentum faciendum: tamen Principali, vel Pontificali authoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.* Et ex *dict. cap. exijt*, *§. ad hæc*, notant Bartol. *in tract. minorit. lib.* 2. *dist.* 7. *cap.* 3. *num.* 41. Sorbus Cordoba, Fr. Manuel, & alij theologi quos tradit Sanchez, *vbi supra, num.* 61. & Redoano, *de spol. Eccles. quæst.* 8. *in princ. num.* 35. Y si el Iuez no lo haze assi de su oficio, lo debe hazer el Sindico

C Pro-

Procurador general de la Ciudad, quien tiene la acciõ, y obligacion de pedir à los herederos cumplan, y paguen los legados Pios, y limosnas dexadas a los pobres, y a la Ciudad, se le adquiere la administracion, y propriedad de los bienes para esta distribucion de limosnas: ex text. *in l. si cui*, *& l. Civitatibus*, *ff. de legat.* 1. nam reipublicæ interest pauperes Religiosos sustentari, *l. priuilegia*, *C. de Sacros. Eccles.* & in terminis tradunt Bartol. *dict. tract. minorit. lib. 2. dist. 7. cap. 3. num.* 41. *& in dict. l. Civitatibus, num.* 5. Collector. *Compend. Mendicant.* verb. *hæreditas, num.* 6. dicens: *Sic fuisse factũ in Ciuitate Balbastri Regni Aragoniæ.* Fr. Man. *dict. quæst.* 78. *art.* 1. Fr. Hieron. Sorbo, *in Compend. Mendicant. priuileg.* verb. *legata.* Y no solo el Sindico Procurador de la Ciudad lo puede pedir, si no qualquiera del Pueblo, *l. in Provinciali*, *§. Fratrum, cum l. seq. ff. de novi oper. nunciat.* Authent. *de Ecclesiastic. titul. §. si quis autem*, *collat.* 14. & DD. vbi proximè Fr. Ant. de Cordub. *in Regul. S. Francis. cap. 6. quæst.* 11 *punct.* 4. Redoano, *vbi supra, dict. num.* 35. P. Sanchez, *dict. cap. 26. num.* 59. Y asi por qualquiera de los modos referidos se ha de cumplir el legado, sin que obste la Regla, y Voto de pobreza, y mendicidad; porque todos son conformes a ella, y asi passaremos al segundo medio de la voluntad de la testadora.

SEGVNDO MEDIO.

14 Quando lo referido tuviera alguna dificultad, por dezir, que el legado se dexò directamente al Convento en possession, y propriedad, de que es incapaz, y con prohibicion de enagenacion, que es condicion, ò modo repugnante à la Regla; conque por esta repugnancia no pudiendo adquirirlo, llegò el caso de la substitucion del Patronato, prevenida por la testadora, y se le adquiriò à su Patron, y Administrador el P.

Rec-

Rector del Colegio de la Compañia de Iesvs de dicha Ciudad, ad tradita per Sanchez, *dict. lib. 7. cap. 26. à num. 30.* Todavia, señor, sinembargo de dicha oposicion, se debe sustener el legado, eligiendo el medio mas conveniente para su validacion, para que se cumpla la voluntad de la testadora, assi expressa, y conjecturada, y no quede ilusoria, y sin efecto.

15 Lo vno, porque siendo el testamento la luz, y espejo en quien se mira, y resplandece la voluntad del que lo otorga, à quanto contienen sus clausulas, se debe estar, para que lo que en vida dispuso, se viesse despues de muerto executado; y assi en defensa de las vltimas voluntades, tanto exclaman las leyes, la razon, y los AA. por ser conforme à ella, y à las buenas costumbres, que no muera el testador con el desconsuelo de ver frustrados sus deseos. Eleganter Quintilian. *declamat. 308. & in more* (inquit) *ciuitatis, & in legibus positum est, vt defunctorum testamento stetur; idquè non mediocri ratione: nec enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas vltra mortem.* Y el mismo, *declamat. 264. Interest supremæ hominis voluntati legem favere, vt quod de bonis suis constituit, id in supremis dominus fecerit iure.*

16 Y assi aunque la disposicion testamentaria suene de modo, ò forma que parezca repugnante à la de derecho, quando consta de voluntad expressa, y conjecturada, se deben suplir qualesquier defectos que tenga por el mejor modo que aya lugar en el derecho para cumplir la voluntad, como notò Plinio, *lib. 2. Epist.* 16. ibi: *Legem mihi dixi, vt defunctorum testamento stetur, & eorum voluntates, etiam si iure deficiantur; tamen quasi perfectas tuerer.* Porque no es de presumir, que el testador haga disposicion por donde su misma intencion, y voluntad se frustre, y se destruya; ad text. *in l. cogi poterit* 16. *ff. ad Trebell.* cum vulgatis, *l. 6. ff. de militar. testam.* ibi: *Nec credendus est quisquam*

quam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, cap. Abbate, vbi gloss. verb. *potius, de verb. signif.* cum aliis collectis à Menoch. *lib. 6. de præsumpt. quæst. 4. à num. 1.* cum pluribus D. Valenç. Velazq. *cons. 155. à num. 31.*

17 Por cuyas reglas, y axiomas tan en razon natural fundadas en nuestro caso, aunque la testadora no mandasse la heredad al Convento de S. Francisco, en el modo, y forma que pudo, se debe suplir este defecto; porque su voluntad se cumpla por el mejor modo que aya lugar en derecho, vt in terminis Simon de Prætis, *cons. 75.* Boerio, *cons. 82. à num. 18.* Paul. de Leon, *cons. 12. nun. 18.* Doct. Marta, *voto 44. num. 8.* Mayormente quando consta de la voluntad repetida por las clausulas, y vozes del testamento, como en nuestro caso, que tantas vezes, y por tantos modos procurò incluir en el legado al Convento de señor San Francisco: primero llamando al de los Capuchinos, luego al de Descalços de San Diego, y al fin (y despues de cerrada la vltima clausula de la substitucion del Patronato) al Convento de la Observancia, por donde se colige su mente, y devocion afectuosa, enixa, y repetida voluntad, de que succediesse en el legado este Convento, *l. Ballista ff. ad Trebel.*

18 Et ita probatur ex dispositione textus formalis, & expressi *in l. cum pater 77. §. filius matrem, ff. de legat. 2.* donde aviendole propuesto al gran Iuriscõsulto Papiniano, que vn hijo instituyò à su madre por heredera, con gravamen de cierto fideicommisso, de cuya validacion se dudaba, por averse dexado en forma repugnante, ò nula en la disposicion de derecho, no obstante esta nulidad; porque constaba del mismo testamento la enixa, y afectuosa voluntad del testador; lo declarò por valido, diziendo: *Nihilominus matrem cogendam præstare fideicommissũ respondi: nam enixæ voluntatis preces AD OMNEM SVCCESSIO-*

NIS

NIS SPECIEM porrecta videbantur.

19 Por cuya textual disposicion dizen en ella Imola, Baldo, Angelo, y Paul. de Castro, que *aunque el testador no diga, ni expresse, que si por aquel medio que dispuso no tuviere efecto su disposicion, la tenga por el mejor que aya lugar en derecho, se debe suplir esta clausula, constando expressa, ò conjecturadamente de la voluntad*; porque es lo mismo que si lo huviera declarado, para que la voluntad se sustenga, y quede efectuada; & sic cum pluribus DD. optimè resolvit Francis. Nigr. Cyriac. *tom. 2. controuers. 205. à num.* 110. *cum seqq.* Y en el *nu.* 129. dize en nuestros terminos: *Que esta clausula subintelecta, y conjecturada por las vozes del testamento, por la repeticion de llamamientos, por la dileccion, y cariño del testador, haze que el legado que se dexa al incapaz de obtenerlo, se entiende dexado por el mejor modo que aya lugar en derecho para adquirirlo.* Y refiere a Iacobo de Puteo, y otros DD. de la misma sentencia.

20 Doctrinas, señor, bien especiales, y ajustadas à nuestro caso, que se afiançan mas con otra original de Baldo, *in l. quoties sub num.* 1. *C. de hered. instituend.* donde dize: *Que en los testamentos, aunque las palabras tengan contrario sentido por donde se anulen, auiendo voluntad conjecturada, se deben torcer, y traer à sentido diverso, y recto por donde la disposicion tenga consistencia, & quod adaptanda sunt personis, & secundum eorum qualitates, de quibus testator fuit loquutus, supliendo los defectos por donde tienen la incapacidad, y exclusion los legatarios, ò herederos, y abriendo puerta à su admission, por el mejor medio que aya lugar en derecho*, vt cum alijs concludit idem Cyriacus, *dict. contr.* 205. *num.* 126. & 127.

21 Por cuyos fundamentos, constando de la voluntad enixa, y repetida de la testadora, de dexar el legado de la heredad al Convento, aunque passasse la

prohibicion de enagenacion, y que lo adquiriesse en la propriedad por donde se halla incapaz de adquirirlo, hallandose capaz de tenerlo por otros medios, como vendiendose la heredad para cumplir la memoria de Missas en la forma dispuesta por Derecho Canonico, ò sin venderse, adquiriendola, y tomandola la Sede Apostolica, ò el mismo Convento para su recreo, y diversion de sus Religiosos, vt omnia supr. *à num. 6. fundauimus*, se debe facilitar qualquiera destos, para que no quede sin efecto la voluntad, y frustaneo el deseo de la testadora, y su charitativo zelo, vt considerat Iuriscons. Africanus, *in l. si quando* 109. *ff. de legat.* 1. vbi DD. dicunt, que se ha de hazer toda interpretacion favorable al testador, y legatario; porque el legado no sea inutil, y este lo pueda adquirir por el medio que fuere capaz, aunque se tuerça el sentido literal, y grammatico de las palabras del testamento, vt ex text. *in l. cum filij* 50. *ff. de legat.* 3. & alijs notant prædicti DD.

22 Lo otro, porque quien rige, y govierna las condiciones en los testamentos, es la voluntad, no aquellas a esta, como lo siente por regla Vlpiano, *in l.* 19. *ff. de condit. & demonstr.* diziendo: *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaquè regit conditiones.* Por lo qual aviendo voluntad expressa, ò inductiva, y conjecturada, aunque las condiciones sean contrarias, adversativas, ò repugnãtes por derecho, ò por muy dificiles de cumplir, ò se deben corregir, y moderar, ò quitar, y como si no estuvieran puestas, cumplir la voluntad del testador, adquiriendo sinembargo dellas el legatario, ò heredero la herencia, ò legado, tanquam purè relictum, *l. Mauia* 45. *ff. de hæred. instit. l.* 1. *l.* 6. *l.* 20. *ff. de condit. institut. l.* 12. *§.* 1. *l.* 104. *§. in testamento ff. de legat.* 1. *l.* 3. *tit.* 4. *part.* 6. cum alijs collectis à D. Pichardo, Anton. Gomez, y Castillo, D. Amaya. & Dom. Salgad. 1. *part. de Labyrinth. creditor. cap. final, à num.* 95. & Dominico Antunez,

tunez, *de donat. Regijs*, 1. *part. pralud.* 2. §. 2. *à n.* 92. & pluribus relatis a D. Iuan de Escobar del Corro, *in tract. de vtroque foro*, *art.* 1. *à num.* 127. Valero, *de diferent* verb. *legatum*, *diferent*. 4.

23 Porque no es de creer, ni presumir, que quien tuvo voluntad de mandar vna cosa, si supiera, ò entendiera, que el modo, ò condicion con que la dexò era impossible, ò reprovado por derecho, la dexara de aquel modo, para que la condicion obrara contra su propria mente, è intencion, vt ex text. *in l. proinde, col.* 9. *ff. si cert. petat. l. vbi ita donatur, ff. de donat. caus. mort.* & alijs notant Thusco, Ant. Fabr. Pichard. & plures apud D. Castillo, *tom.* 4. *controvers. cap.* 40. *à num.* 17. como en el legado de Doña Leonor de Albelda, que estando patente su voluntad de dexarselo al Convento de señor San Francisco; no es verisimil, ni creible, que si supiera que no podia tenerlo en propriedad con la prohibicion de enagenacion, se lo huviera assi dexado, si no de modo que pudiera entrar en èl, si de ello le huvieran advertido, y dado noticia. Y si entendiò, que este medio de la prohibicion de enagenacion era mas seguro para la perpetuidad de la Memoria de Missas (como se esta manifestando) no es justo que por èl se destruya su misma voluntad, y quede inutil vna obra tan piadosa, y de sufragio de las Animas, como vna Missa rezada todos los dias del año, y dos en las fiestas de Nuestra Señora, contra regulam *l. quod favore, C. de legib.* cum vulgat. text. *in l. cum tale* 72. *ff. de condit. & demonstr.* cum multis Dom. Castillo, 8. *cap.* 40. *num.* 15. *& cap.* 25. *à num.* 41.

24 Conque se infiere con evidencia, que si Doña Leonor supiera, que las condiciones de prohibicion de enagenacion, y el modo de adquisicion en propriedad eran impossibles, ò valde dificiles, y reprovados, por la Regla, y voto de Pobreza, y disposiciones Canonicas, y quien fue Alvazea, y dispuso el testamento,

to,y lo escriviò,y ordenò el Padre Stanislao de Acosta su Confessor,como hombre docto, y que sabe muy biē las reglas de derecho, y los estatutos de las Religiones, se les huviera declarado,y dichole como no podia dexar el legado de aquella forma, que ella no lo dexara assi, sino de modo,que su caritativo zelo, y su devociō afectuosa al Convento de S. Francisco, se efectuara sin impedimnnto,por vno de los medios en derecho permitidos;pues en las vltimas voluntades, nada se presume contra ellas,todo se debe interpretar en su favor, y que se debe executar lo que el testador hiziera si se le consultasse estando vivo,conforme à la regla de la *l. quoniam, C. de natural. liber.* ibi: *Quoniam desideria morientium ex arbitrio viventium, non sine iusta ratione colligimus, l. cum servus, ff. de condit. & de monstr.* ibi: *Nam, quod ipse vivus facturus erat ad hæredibus suis fieri iussisse intelligitur, l. item legato, §. 1. in fin. ff. de legat. 3.* cum alijs relatis à D. Castill. *tom. 2. contr. cap. 26. num. 24. & tom. 5. cap. 101. à num. 4.*

25 Y esta es la razon de diferencia, porque en las vltimas voluntades, las condiciones imposibles se vician,y queda puro el legado,y disposicion, y al cōtrario en los contractos, porque como estos sean vltracitos,que obligatorios,y reciprocos,el que pone el pacto imposible, ò reprobado, manifiesta desde luego el defecto de voluntad de contraer, pues pone vn embargo imposible para desobligarse, y el que lo acepta,lo mismo, pues vè que no puede executarse con tal impedimento, mas en las vltimas voluntades, como no milita esta razon por los fundamentos referidos, y que el heredero, ò legatario, no contrae con el testador,ni se entiende que quiera dexarle cosa, de modo que no lo goze, de aqui es, que en estas voluntades, se quitan por derecho las condiciones imposibles, y en los contractos no,antes su posicion,los vicia, y anula.

26 Ita eleganter distinguendo resolvit D.

Cas-

Castill. *tom.5.contr.cap.* 102.*nu.* 11. ibi : *Vltimo loco obseruandum , atquè constituendum erit ex doctrinis adductis supra adinitium huius capitis testatoris scilicèt opinionem, magis spectari, quam veritatem; licet ex hac reddatur inutilis dispositio, & in casu dubio interpretationem fieri debere, non quemadmodum se habet veritas, aut iuris dispositio , sed secundum testatoris opionem inferri: ad text. in l. servo 50. ff. de condict. indeb. Nam licet conditio impossibilis appossita in vltimis voluntatibus habeatur pro non scripta , & consequenter non vitiet, l. 1. ff. de condit. inst. cum vulg. l. 3. tit. 4. part. 6. & exornant DD. Idquè vltimarum voluntatum favore , vt ipsa exitum habeant obtinuisse: interest enim reipublica vltimas defunctorum voluntates exitum habere, l. vel negare, ff. quemadmod. testament. apper. Quam ex coniectura mentis testatorum eorundem, qui impossibiles conditiones adijciunt; non enim videntur vltimam suam volūtatem voluisse subvertere, sed potius valere , cum verisimile non sit, frustra , & inutiliter eos testari voluisse, ac proinde longe vtilius, & humanius vissum fuit, admissa ea interpretatione fauorabiliori impossibilem conditionem reijci, quam suprema defunctorum iudicia intercedere. Quod ita in contractibus admissum , & receptum non fuit, nā qui sciens contrahit sub impossibili conditione, videtur ludere, & eius cogitationis esse , vt nihil agi existimet, l. non solum 61. ff. de verb. obligat.* Con cuyas razones se conforma Minsigero, *in §. impossibilis , inst. de hered. inst.* & Dom. Molina, *de primogen. lib. 2. cap. 12. num.* 34.

27 Tùm etiam, porque en los testamentos nada ay superfluo, ni ocioso, ni se entiende, ni presume, que el testador dicte, y haga escrivir clausulas, razones, y palabras inutiles, y sin substancia, y que solo sirvan de llenar el papel de la escriptura, si no que todo quanto se escrive, y dicta es de intencion , y voluntad deliberada

del testador, que se cumpla, y execute; pues fuera materia ridicula lo contrario en vn acto tan serio, y de prudente deliberacion, como vn testamento, quod axioma latissimè expendit Dom. Castill. *tom.4. controvers. cap.38. à num.1.* Si esto es assi; à que proposito, señor, Doña Leonor de Albelda, si supiera, que los Conventos de señor San Francisco por sus votos, y estatutos eran incapazes de este legado con semejantes condiciones; se lo avia de dexar; dictando, y escriviendo tantas clausulas de sus llamamientos: yà al de los Capuchinos: yà al de señor San Diego, y yà al de los observantes? No fuera mas facil, ò mejor, no llamarlos, ni nombrarlos, pues eran incapazes de adquisicion, que no hazer mencion dellos, inutil, y sin substancia? Incurriendo en vn absurdo tan notable, y que el derecho en vltimas voluntades siempre ha procurado evitar, *l. nam absurdũ, ff. de bon. libertor. l.2. C. de condit. insert.* cum multis relatis à D. Castill. *tom.6. controvers. cap.166. à n.1.*

28 Porque vna de dos, de este dilema (en mi concepto irrefragable) ò tuvo voluntad de que el Convento adquiriesse el legado, ò no; si la tuvo, aunq̃ pusiera condiciones imposibles, ò contrarias, se ha de sustener desechandolas, como si no estuvieran puestas, y como que lo estàn con error, ò ignorancia, ex fundatis *sup. n. 22.* pues en ellas no consistia la substancia de la voluntad, ni le importaba, el q̃ fuesse, ò no, con prohibicion de enagenacion, ni en possession, y propriedad, como se puso para excluir al Convento, si no que lo adquiriesse por el mejor medio que pudiesse, para q̃ se viesse cumplida su devocion, y afectuosa voluntad à vn Convento, con cuyo habito se mandò enterrar.

29 O no tuvo voluntad de dexarle el legado, y si no la tuvo, ad quid; señor, fue el llamamiento, y clausulas repetidas; pues siendo incapaz de adquisicion, era escusado el hazer mencion dèl, ex consideratis à DD. quos refert Dom. Castill. *dict. cap.38. à n.3.*

No

No cabe, señor, ni se compadeze querer, y no querer en lo natural, ni en lo juridico: que la testadora estè con tanto cariño manifestando su inclinacion, y volũtad, por tantos lados, para incluir en la succession del legado, y que por otros contrarios que le pone, lo estè excluyendo: no solo es inverosimil, sino imposible de creer.

30 Y assi, porque no es justo que vna voluntad tan declarada se quede sin efecto por la ignorãcia, y error que la testadora padeciò en poner las condiciones que no quisiera, ò por el del Escrivano que las consintiò poner, debiendo saber, ò preguntar para saber à quiẽ le informasse, el que para que fuesse valido el legado, no se podian poner, ò por la direccion de la persona que ordenò el testamento, que sabiendo, como tan docto Religioso, de la Compañia de Iesvs, que por medio de las condiciones era incapaz el Convento de entrar en el legado, conociendo su intencion, y voluntad, procurò lisongearsela con hazer se pusieran los llamamientos à los Conventos de señor San Francisco: y movido de la pia aficion del suyo, y de su Religion, ò Colegio de la Compañia, para que este entrasse en la succession del legado, le cerrò la puerta al Convento, con hazer poner vnas condiciones, que ni la testadora imaginò, ni eran de essencia de la voluntad, ni en nada conducian à su valor, sino solo à destruirla, y que impedido el mediò de la adquisicion del Convento, se lograsse el fin de vtilizar à su Colegio con la substitucion del patronato, y su administracion, y distribucion del residuo en las necessidades Religiosas del mismo Colegio.

31 Caso lastimoso, y digno de lamentar con las vozes de la justa quexa que en el Senado de Roma explicò de Verres, el padre de la eloquencia, notando por singular en su acusacion, el q̃ huviesse hõbre q̃ en vida discurriesse medios por donde impugnar la volũtad

tad

cad de vn testador: y despues de muerto, otros por donde conseguir el destruirla, & ideò inquit *in Orat.* 3. in Verr. *Solus tu inventus est, cui non satis fuerit corrigere voluntates virorum, nisi etiam rescinderes mortuorum.* Y aqui se vè executado, ò por el descuido de vn Escrivano, que otorga el testamento de D. Leonor, ò por el afecto singular (y desseo de vtilizar su Religion, y Colegio con la administracion, y renta del Patronato) de vn Religioso docto, y sabio, confessor, y secretario de la voluntad de la testadora, que debiendo cumplirla, debiendo executarla, como virtuoso, y literato, dirigiendo su disposicion à el efecto mas seguro, y por los medios mas habiles que huviesse lugar en el derecho, que no ignoraba, como hombre de letras, y de tal Religion, donde se sabe todo, y quitar los embarazos que pudiessen frustrar la voluntad, y defenderla por todos medios, como notò la prudencia de Seneca, *de tranquilitat. animi, cap.* 11. quando dixo: *Religiosus homo sanctus que, solet tueri fideicōmissa.* Y Plinio, *lib.* 4. *Epistol.* 10. *solemus* (inquit) *Roligiosissime custodire defunctorum voluntatem, quam bonis hæredibus intellexisse pro iure est. Neque enim minus apud nos honestas, quam apud alios necessitas valet.*

32 No solo no lo haze, si no que al passo q̃ en la testadora resplandecia el zelo de su devocion afectuosa, al mismo se procuraba encubrir con las nieblas de los impedimentos, que en la serie de la disposicion se proponian, y al passo que el fervor de su cariñoso desseo ardia, por favarecer al Convento, y Religiosos Seraphicos, al mismo la entiviaban con las condiciones imposibles, y adversativas à la adquisicion: Actos, señor, que con justa causa podemos llamar inhumanos, y contra la fidelidad, y confiança que hizo la candidez de vn pecho, y corazon devoto, de vn amigo tan seguro del alma, como vn Padre confessor, de quien era

obli-

obligacion el cumplir la voluntad, no destruirla, por conseguir el intento de vtilizar su Colegio, como notò Germanico apud Tacitum, *lib. 2. Annal.* quãdo dixo: *Non hoc præcipuum amicorum munus est prosequi defunctum ignavo quæstu, sed quæ voluerit meminisse, quæ mandaverit exequi.* Y assi resisten las leyes, y natural razon, que la calidez, y cautela de los vivos, defraude la sinceridad, y candidez de los muertos, y que la piadosa intencion de los testadores se frustre, y deshaga con los artificios de los que assisten à su disposicion, y se descubren interessados en su herencia, como advirtiò el Emperador, *in l. nulli liceat 28. §. fin. C. de Episcop. & Cleric.* diziendo: *Nè pium defuncti propositum improba fraudatorum calliditate celetur.*

33 Porque en vida pueden declarar las dudas de su disposicion, alterar, ò mudar, ò quitar lo que les parezca, mas despues de muertos, ya se vè que es impossible, y al morir, no llevan mas consuelo que la confiança, de que sus deseos se executen, vt considerat rectè Aristotel. *in Problem. sect. 29. quæst. 9.* ibi: *Vivi, siquid iusserunt, exequi, aut per se, aut per alios possunt: at defuncti, neque voces suas posthumas iterare, neque post cineres mandata exequi valent.* Y por esto, y ser cosa tan sagrada la voluntad de vn testador, y mucho mas vna obra tan piadosa, y meritoria, y de tanto bien, y provecho al sufragio, y alivio de las almas, como vna Memoria perpetua de Missas, se debe hazer cumplir, y executar, como lo quiso, y ordenò, y por las personas, y en el Convento donde tuvo cariño de que se cumpliesse, vt in simili exclamavit Quintiliano, *in declamat.* 264. Dicens: *Liber scrutari omnimodo etiam defuncti voluntatem, qua nihil potentius apud nos. Nihil nostro animo sacratius esse debet.*

34 Y mas quando se descubre tan enixa geminada, y repetida, como en este caso; que por mas embarazos, y repugnancias que le ponian, se declaraba mas,

 y mas

y mas el afecto de dexar la Memoria al Convento de señor San Francisco, vt probatur *in Clement. 1. de reb. Eccles.* ibi: *Nec dubium est quin seriosse fuerit dictũ, cum toties fuerit reppetitum*, *l. 1. ff. de damn. infect.* ibi: *Bis dixit Prætor, vt melius intelligeretur, l. quinquaginta ff. de probat. l. Balista ff. ad Trebell.* y consta del sagrado text. Genes. *cap.* 41. Quando aviendole referido el Rey de Egipto Pharaon a Ioseph la repeticiõ del sueño que avia tenido, le responde: *Quod autem secundo vidisti ad eandem rem pertinens somnium: firmitatis inditium est.* Cuyo lugar explicando el P. Pereira, *disput.* 2. dize: *Voluit enim Deus hoc geminato somno certitudinẽ eventus demonstrare.* Y nuestro Divino Maestro, y Redemptor Iesu Christo nos lo dexò advertido, y escrito, quando saludando sus Discipulos, les dixo, apud Ioan. *cap.* 20. *Dicit ergò eis Iesus iterũ: Pax vobis.* En cuyo texto nota la Glossa interlineal: *Iteratio confirmatio est. Dat eis Iesus Pacem super Pacem.*

35 Tum denique, porque aun quando lo referido cessara, aviendose de hazer la interpretacion mas benigna, mas favorable, y piadosa, por las vltimas voluntades, aplicando las reglas de derecho à lo que es mas vtil, mas humano, y de mas conveniencia al testador, y legatario, *l. si ita scriptum, in princ. ff. de liber. & posthum. l. hoc articulo ff. de hæred. instituend. l. pen. §. de illo, ff. de condit. & demonstr.* cum alijs Dom. Castill. *tom.* 6. *controuers. cap.* 163. *num.* 4. ibi: *Secundo idem obseruandum est voluntatis testatoris in casu dubio interpretationem fieri debere, & talẽ, quod inhumanitas excludatur siue aliquid inhumanum non sequatur, l. furti, § pactus, ff. de his qui not. infam. l. Paulo, §. 1. ff. de leg. 3. l. 1. §. qui operas, ff. ad Tertul. l. Thais, §. libertatem ff. de fideicom. libert. l. humanitatis, C. de excus. tutor. l. humanitatis, C. de impuber. Sic sane in interpretatione vltimarum voluntatum hu-*

ma-

m anitatem seruandam, atquè humanè procedendum, & it a, ne aliquid in humanum sequatur. Bart. Bald. Castrens. Decius, Simon de Prætis, & alij quos refert idem Castillo, Casanat. *cons. 10. num.* 125. *Vbi quod interpretatio humanior, per quam vtrique consulatur recipienda est in casu dubio*, Menoch. cum pluribus DD. *lib. 2. de arbitrar. cas.* 199. *à num.* 13. *& à num.* 126.

36 En nuestro caso, siendo lo mas humano, piadoso, y favorable, assi à la testadora, el que se sustenga el legado por la conservacion de la Memoria de Missas, y sufragio de su alma, y las demas en este alivio interessadas, como al Convento, en que goze desta limosna, y con ella se socorran las necessidades de indigencias de los Religiosos, y siendo esto tan de razon natural de tanta conmiseracion, benignidad, y equidad, y estando descubierta por tantos lados la voluntad, se debe hazer la interpretacion, para que se cōserve la disposicion, aunque las palabras, y condiciones de la clausula, literales, expliquen lo contrario, y estèn puestas condiciones, modos, ò formas repugnantes à su validacion, como puestas mal, y de mala forma, y contra la voluntad del testador, vt notat Cons. Marcellus, *in l. 24. ff. de reb. dub.* ibi: *Cum in testamento ambiguè, aut etiam perperam scriptum est benignè interpretari, & secundum id quod credibile est cogitatum credendum est. l. 5. §. 1. ff. de leg. 3. l. scæbola* 76. *ff. ad Senatus Cons. Trebell.* ibi: *Scæbola respondit si pater filium suum impuberem ex asse scripserit hæredem, eiquè codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hæreditas, neque dari, neque adimi potest tamen benigna interpretatione placet, vt mater, quæ abintestato pupillo successit substitutis fideicommisso obligetur, l. benignius. ff. de liber. caus. l. seruum filij. §. sed si in nomine. ff. de legat.* 1. cum alijs Simon de Prætis, *de interpret.*

pret.vltim.volunt.interpret.1.dub.5.solut.5.num.5. Mantica,*de coniect.lib.4.tit.11.num.* 19. D.Castillo, *tom.6.cap.163.à num.4.& num.12.*

37 Conque por todos medios se ajusta, que conforme à derecho, equidad, y razon, se debe sustener la voluntad de Doña Leonor de Albelda, y declarar por valido el legado de la heredad, y por legima perpetua, y permanente la Memoria de Missas para dezirse en el Convento de señor San Francisco, por el mejor modo, y forma que aya lugar en la disposicion de de derecho, supuesto que ay tantos como los que quedan ponderados. Et ideò amplius hic non immorando ad medium vltimum satisfactionis adversariorũ fundamentis deveniamus.

TERCERO MEDIO.

38 LO primero se opone, que esta heredad que dexò al Convento Doña Leonor de Albelda, es de mucha estimacion, y que tiene vna casa muy grãde, conque parece que posseer vn Convento, y Religiosos Observantes prenda, y alhaja tan magnifica, repugna al voto de pobreça. A que respondo, que aunque fuesse mucho mayor la casa, y mas preciosa, y estimable la heredad, la pudieran adquirir, y gozar los Religiosos; porque permitiendo, como permiten los Sagrados Canones, *in dict.§.licèt.dict.Clement.exivi, quod hortos, & areas habeant COMPETENTES à recollectionem, vel recreationis eorum.* Mientras mayores, mas espaciosos, y de diversiõ, y curiosidad fuerẽ los huertos, seràn mas competentes, y aproposito, para el recreo de los animos ocupados con el continuo cuidado de la oracion, y asiduo trabajo de los estudios. Y como es notorio, estas huertas de diversion tienen el valor intrinseco en lo curioso de la amenidad en lo de-

lei-

leitable de las fuentes en lo aliñado de los quadros, en lo compuesto de la hermosa variedad de las flores, y en lo apacible de lo entretexido de los mirtos, arrayanes, naranjos, y demas plantas, con que adorna la curiosidad su bien dispuesta composicion; cosa, señor, tan evidente q̃ huvo de cõfessarla en estrados el Abogado contrario, comparando estas huertas, ò jardines à vn diamante, ò piedra preciosa, que en sus fondos, y quilates contiene la estimacion; con que siendo el valor de esta heredad por lo curioso, y deleytable de el animo, no se opondrà su adquisicion al voto de pobreça, que quita las riquezas corporales, no las que con la diversion aliẽtan el espiritu à mas devota oracion; y lo mismo se puede dezir de la casa, que por mas sumptuosa que sea, aviendo precisamente aver de ir los Religiosos à descansar en ella avrà de ser competente, donde tengan cabida, y descanso los que fueren embiados por su Prelado à divertirse.

39 Lo segundo se opone, que la permission del §. Licet, es solo para obtener las huertas, carmenes, jardines de diversion los Conventos Observantes intra claustra, vel propriam domum; no empero fuera de el Convento, granjas, y caserias, como pueden otros Cõventos; à que se satisface lo primero con que el decreto de su Santidad habla indistintamente, sin limitar la permission del recreo de los huertos, y jardines à los que estàn intra septa Conventus, y no distinguiendo la disposicion Canonica esta limitacion, no parece aver razon juridica para distinguirla, ni cohartarla.

40 Lo segundo, porque si la permission es absoluta para tener huertos, y casas de recreacion, y no ay inconveniente en que estos estèn dentro, ò fuera del Convento, no porque no estèn intra claustra se les avrà de privar de la diversion que el derecho les concede à los Religiosos Observantes, pues fuera rigor de su desgracia, que porque vn Convento como el de Ca-

diz, à quien se dexò esta heredad, y el de Granada, que estàn en medio de la Ciudad, y en sitios donde por su planta no pueden tener contiguas las huertas, y casas de recreo, y otros Conventos del mismo Orden huviera de privarse sus Religiosos de este alivio, y lo que el derecho inventò para que lo tuviessen, huviesse de redundar en su perjuizio, *contra Regul. l. quod favore, C. de leg.*

41 Y assi por esta razon tienen, y posseen por casas de recreacion, y divertimiento este Convento de Señor S. Francisco, Casa grande de Granada, vna huerta, y casa en el Lugar de Churriana, distante de la Ciudad media legua, donde ay vna Hermita con titulo de Nuestra Señora de la Cabeça, à cuya huerta, casa, y Hermita van los Religiosos de este Convento à divertirse los dias, y ocasiones que les dà licencia su Prelado el Padre Guardian. Y lo mismo sucede en otro Convento de la Provincia de Cartagena, que es la cabeça en la Ciudad de Murcia, que tiene, y possee vnas huertas, casas, y heredades de diversion, y recreo en el Lugar de Don Juan, que assimismo dista mas de vna legua del Convento; las quales dexò cierta viuda bienhechora con cargo de vnas memorias de Missas, y fundacion de vn Colegio de Estudiantes Religiosos del mismo Convento de Señor San Francisco. Y las huertas, y heredades de recreo las tiene à su disposicion el Padre Guardian para este efecto, y las casas, y demàs hazienda la administra el Sindico en su nõbre, y de la Sede Apostolica, sin que los herederos, ni parientes interessados lo ayan contradicho, ni impugnado la voluntad, y disposicion de la testadora. Y en la Provincia de Sevilla en la Villa de Ossuna (y esto es mas apretado) tiene el Cõvento de Religiosos de Señor S. Francisco Descalços Recoletos, que llaman del Santo Calvario, vna huerta con su casa, y vn colmenar donde vàn à divertirse los Religiosos, y està apartada del Convento distancia de mas de dozientos passos.

Cu-

42 Cuyos tres exemplares (de que en caso necessario se presentaràn testimonios autenticos) basten para prueba de nuestra conclusiō, sin otros muchos de todos los Conventos de la Religion Serafica, que por escusar prolixidad omitimos, para que se vea que la permission de los Sagrados Canones en estas huertas, y jardines de recreo se halla practicada, no solo en las que estàn intra claustra, sino en las que estàn fuera, y distantes de los Conventos, sean granjas, ò caserias, ò el titulo que se les quiera imponer, como sean solo de diversiō con su casa, y no para vender, ni aprovecharse del precio de los frutos, ni arrendarlos, sino para cogerlos para el sustento de los Religiosos, como lo previene *dict. §. licet*, ibi: *Necnon ad habenda necessaria hortalicia pro se ipsis.*

43 Lo segundo se opone, que la adquisicion de los legados que se dexan nominatim à los Conventos Observantes, toca à la Sede Apostolica, y al Sindico que tiene nombrado para este efecto, y administracion, y distribucion de bienes que se mandan à dichos Conventos, quando se dexan los bienes libres, y para que se vendan, y distribuyan en las necessidades Religiosas, no empero quando la propiedad, y dominio de la alhaja, ò possession legada se dexa, como en nuestro caso, directamente al Convento, y con prohibicion absoluta de toda enagenacion, que haze perpetuidad, y conservacion de peculio propio repugnante à la Regla de mendicidad.

44 Porque se responde à esta objeccion, demàs de lo que dexamos fundado suprà à num. 9. con esta distincion presupuesta: O el legado que se dexa al Convento de Observantes tiene modo, ò condicion repugnante à la adquisicion, ò no la tiene: sino lo tiene, y se dexa simpliciter, & pure; etiam, que el testador no explicasse el modo permissivo de la adquisiciō, no obstante lo adquirirà el Convento; porque el derecho se

lo

lo suple. *ita habetur in dict. cap. exiii, §. Ad hac*, vers. *Si verò modum*, ibi: *Si verò fratribus ipsis generaliter absque modi expressione legetur, in hoc legato sic indeterminatè relicto in omnibus, ac per omnia intelligi, ac servari volumus, & in perpetuum præsenti constitutione iubemus, quod supra in pecunia, seu eleemosyna fratribus indeterminatè oblata, vel missa volumus, ac expressimus observari: videlicet, sub modo licito fratribus intelligatur esse relictum; ita quod nec legans meritò, nec fratres ipsi effectu relicti defraudentur.*

45 Si lo tiene es necessario subdistinguir assi: *Aut legatum capit substantiam ex modo, vel modus, aut conditio à testatore adiecta ipsius legati substantiam percutit. Aut legatum non capit substantiam ex modo, vel conditione: sed solum modus, vel conditio apposita percutit executionem, vel præstationem legati.* En el primer caso, como la mente del testador, consiste en la condicion, ò modo que expressò; para que subsista la execucion, debe verificarse la condicion para su efecto; y aqui se manifiesta, que no tuvo voluntad de que lo adquiriesse el legatario, pues le puso condicion, ò modo impossible de cumplir por el defecto de su persona, sabiendo, y conociendo realmente que no lo podia executar, y assi le diò substituto en quien recayesse el legado, y no se caducasse, y esto es herir la condiciõ, ò modo la substancia del legado directamente.

46 En el segundo caso, y miembro de la distincion, quando la condicion, y modo puesto al legatario, no hiere, ni toca directè en la substancia del legado, sino solo en la forma, ò modo de su prestacion, y entrega, como en esta no consista defecto de la intencion del testador, pues sin ella la voluntad està patente, y descubierta. De aqui es, que para que este se sustenga, no se ha de hazer caso del modo, ò condicion repugnante à la adquisicion, como opuesta al animo, y mente del testador, que sin ella quiso que tuviesse validacion el le-

ga-

gado, y que si supiera, ò entendiera que el modo, ò forma con que le dexò era opuesta à la entrada del legatario, y que con ella se hazia incapaz de adquirirlo, y sin ella tenia capacidad de entrar à posseerlo, no la huviera puesto, ni expressado, sino dexadole el legado puramente, ò debaxo de condicion, modo, ò forma capaz de adquirirlo.

47 Por cuya razon el derecho quita estas cōdiciones, y modos, favoreciendo la voluntad de los Fundadores, y la adquisicion de los legatarios, *ad text. in l. obtinuit, ff. de condit. & demonstr. l. reprehenda, C. de inst. & subst. l. legatum, ff. de usufruct. leg.* & ad alterum finem, probant Ioann. Garcia, *de expens. cap. 4. n.* 38. D. Castill. *tom. 4. cap. 54. à n. 18.* Gratian. *tom. 2. discept. 256. à num. 32.* Nicolas Anton. de Palma, *in prax. 2. p. glos. 10. à num. 12.* Ioann. Bapt. Toro, *de privileg. piæ caus. privileg. 265.* & in terminis Bart. *in tract. minoritar. lib. 2. dist. 2. cap. 1. num. 9.* Federic. *cons. 175. à n. 1.* Bald. *in Auth. ingressi, cap. 58. & 59. C. de Sacros. Eccles.* Abbas, *in cap. præsentia, nu. 63.* de probat Corneo, *cons. 117. num. 9. vol. 2. cons. 217. num. 4. vol. 4.* Navarro, *lib. 3. cons. tit. de testam. cons. 14. n. 5. & cons. 8. num. 5.* Man. Rodrig. *tom. 2. quæst. Regul. 126. art. 1. §. fin.* Sorb. *in Compēd. privileg. Mendicant. verb. Legata,* vers. *Idem dicendum,* Menoch. *cons. 1014. à nu. 29. cum seqq.* P. Thom. Sanch. *lib. 7. de Stat. Religios. cap. 26. n. 18.*

48 Cum ergo in nostra hypotesi testatrix modum, vel conditionem imposibilem, vel repugnantem adquisitioni Conventus adiecerit, quæ appositio non legati substantiam, sed modum, aut formam præstationis, vel solutionis percutit indirectè ob alienationis prohibitionem: & licet primo reliquisset proprietatem fundi, quamvis illius adquisitionis Conventus non sit capax, est tamen illius æstimationis per modum concessum à iure Canonico, *in d. cap. exiit, §. Ad hæc,*

verſ. *Si verò modum*, numer. præcedenti relatum, & prædicta conditio in alienationis non ex mente, vel voluntate teſtatricis, ſed præter eius intentionem fuerit adiecta; nam ſi voluiſſet, quod abſque cõditione nõ valere legatum, clarè expreſsiſſet addendo verbis, *non aliter velle adquirere legatum Conventus, quã ſub illa expreſſa conditione*, aut facilius non legaſſet Conventui, nec illum nominaſſet verbis fruſtrantis, & invtilibus, quæ nunquam intelliguntur teſtatorem apponere ad eluſionem, vel irriſionem eius diſpoſitionis: at qui cum tale non crẽ datur, ſed quod omnia ſcripta fuerunt præmeditata, ex mente voluntate, & intentione reſtantis. Legitimè infertur voluiſſe legatum relinquere Cõventui purè, & ſub modo in iure poſsibili acquiſitioni, & quod iuxta iuris Regulas reiicienda conditio appoſita executioni, & tanquam ſi non fuiſſet appoſita legatum omni meliori modo in iure permiſſo deferri Conventui debere, vel ex perſona Sindici, vel ex diſpoſitione, & diſtributionis Pontificis, vt ita concludunt DD. num. præcedenti relati.

49 Lo tercero, ſe quiere impugnar lo que diximos ſupra à num. 12. de que aunque el legado ſe caduque por la incapacidad del legatario, paſſa al heredero la carga que en la coſa legada dexò el teſtador deſde ſu principio, *ad text. in l. vnic. §. Pro ſecundo, C. de caduc. toll.* con dezir que eſto ſe entiende quando el gravamen que al principio ſe impuſo por el teſtador en la prenda legada, no ſe quitò deſpues, y queda caduco el legado paſſando al heredero por falta de ſubſtituto; no empero quando ſe le diò ſubſtituto al legatario, à quien en defecto de adquirirlo ſe le manda bolver libremente, ò no ſe expreſsò que paſſaſſe con la carga al ſubſtituto; y que aſsi parece ſucediò en la diſpoſicion de que tratamos, pues en ella Doña Leonor de Albelda dexò el legado de la heredad à los tres Conventos de ſeñor San Franciſco en propiedad con la prohibicion de

ena-

enagenacion, y previno, que si estos no admitiessen el legado, passasse al Patronato que dexa fundado, de que es Patron, y administrador el Padre Rector de la Compañia, à quien no gravò con la obligacion, y carga de la memoria de Missas; con que no aviendose caducado el legado por defecto de substituto, pues lo quedò el Patronato; y no aviendo expressado que passasse al Patronato con la carga de Missas, parece quedò libre en el Patronato por la incapacidad de los Conventos, y quedò en èl sin mas cargas que las que se previenen en la distribucion del Patronato, y sin la obligaciõ de la memoria perpetua de Missas señalada en la disposicion de el legado, esta es la oposicion, y replica que se haze para destruir la mente de la testadora, y eximirse el Rector, y Colegio del cumplimiento de la memoria, y entrar libremente en la administracion del Patronato, y sus bienes, y entre ellos dicha heredad legada.

50 Para cuya satisfacion, y respuesta es necessario (ajustandose à la verdad del hecho de la disposicion testamentaria) suponer que el Patronato no es substituto legatario dado al Convento en defecto de adquirir el legado de la heredad, sino heredero instituido en el residuo de sus bienes, à quien manda bolver la heredad en caso de no aceptarla el Convento, como se manifiesta de las clausulas. Y esto no era menester que lo previniesse, pues el derecho lo tiene prevenido por vn titulo, quitando la caducidad de los legados por defecto de substituto nombrado por el testador, passando siempre al heredero la cosa legada, para que no quede, como antiguamente quedava, sin persona que la adquiriesse, de que provenian tantas dudas litigiosas, que fue à escusar el derecho con la Regla, *l. vnic. C. de caduc. tollend.*

51 Siendo, pues, el Patronato el heredero instituido por Doña Leonor, y caducandose la disposicion del legado por el defecto de la persona del legata-

rio, ha de passar al heredero precissamente la cosa legada, que es la heredad, con la carga, y obligacion de la memoria perpetua de Missas, porque es evidente la voluntad de la testadora de que esta se cumpliesse; y siẽdo capaz el Convento de tenerla, y dezirlas, vt infra num. fundabimus, se debe obligar à su administrador à que la cumpla, y pague la limosna al Convento por las disposiciones textuales de derecho, y doctrinas que alegamos supra in 2. medio maxime, *ex l. vnic. §. Pro secundo, C. de caduc. tollend. & l. cum pater 77. §. Filius matrem, ff. de legat. 2.* quorum verba hic pro repetitis habemus, como individuales, y cortadas para nuestro caso.

52 Y quando esto cessara, y se quisiera confessar que el Patronato fue segundo legatario, y substituto del primero, que fue el Convento, por este lado aũ es mas clara, y patente la justicia que le assiste, pues cõforme à derecho, el gravamen, y carga impuesta por el testador al instituto, siempre passa, y se entiende repetida en el substituto, quando el testador mismo no la quita, y deroga expressamente, mandando, que libremente passe sin ella la cosa legada al substituto, ò concurren las circunstancias, y condiciones que previene el Iurisconsul. Vlpiano *in l. 74. ff. de legat. 1.* ibi: *Licet Imperator noster cum patre rescripserit videri, voluntate testatoris, repetita à substituto, quæ ab instituto fuerant relicta: tamen hoc ita erit accipiendum SI NON FVIT EVIDENS DIVERSA VOLVNTAS; quæ ex multis colligetur: an quis ab hærede legatum, vel fideicõmissum relictum noluerit à substituto deberi. Quid enim si aliam rem relinquit à substituto, ei fideicommissario, vel legatario, quam ab instituto non reliquerat? Vel quid? Si certa causa fuit cur ab instituto reliquerat, quæ in substituto cessaret? Vel quid? Si substituit ex parte fideicommissarium, cum ab instituto reliquerat fideicommissum? In obscura igitur voluntate*

locum

locum habere rescriptum dicendum est.

53 Ninguna de dichas circunstãcias concurrẽ en nuestro caso, porq̃ ni la testadora dixo q̃ passasse libremente la heredad legada al Patronato (en no admitiẽdola los Conventos de S. Francisco) sin obligacion, ni carga de Missas, ni que esta no tuviesse efecto, ni validaciõ en caso de no aceptarla los primeros legatarios instituidos. Ni al Patronato, y su Administrador, y Patrono le mãdò otra alhaja distinta de la q̃ tenia mãdada à los Conventos, sino la misma heredad donde puso el grauamen de la memoria de Missas. Ni tuvo, ni pudo tener otra razõ en el Patronato para dexarle libre la heredad de la memoria, q̃ la que tuvo para legarsela con ella à los Conventos. Antes la misma, y aun mayor, pues dexando instituida à su alma por heredera con la disposicion del Patronato, y administracion al Rector de la Compañia, y substituyendola para en el caso de no admitir el legado los Conventos, y siendo su intencion el fundar vna memoria tan buena, y de tanto alivio para su alma, y de sus difuntos que se dixessen en vno de dichos Conventos, precissamente debemos confessar que quiso que estos sufragios quedassen permanentes en la cosa legada, y que passasse esta obligaciõ al Patronato substituido, y su administrador. Ni menos el Patronato fue substituido en parte de la cosa legada, sino en toda, para inducir, que en la parte substituida passasse libremẽte, y en la otra quedò puesto el grauamen. Ni ay en fin otra razon, causa, ò motiuo para discurrir, ni presumir que quisiesse deshazer la memoria, sino vna evidencia de que subsistiesse, y se cumpliesse por los Religiosos, y en los Altares de vno de dichos Conventos Obseruãtes, vt ita in terminis notant D. Castillo, *tom.* 8. *de aliment. cap.* 32. *à num.* 3. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præs.* 108. *à num.* 2.

54 Y aunque estuviessemos en los terminos de vna voluntad obscura, y dudosa, como dize la misma

l.74.in fin. se debe observar el rescripto del Emperador Alexandro Severo, passando al substituto la carga impuesta à la cosa legada, y al legatario, ò heredero primeramente dexada, ò mandada, ex *l. si Titio, & mævio 61. in fin. ff. de legat. 2. l. non iustam 4. C. ad Trebell.* Y siēpre se entiende la carga Real impuesta sobre la cosa legada, y no personal a sola la persona del primer legatario, ò heredero, para que passe al segundo substituido, vt latissimè fundat Menoch. *dict. præs.* 108. Ant. Gom. *tom. 1. variar. cap. 12. num.* 36. D. Gregor. Lop. *in l.* 34 *tit. 9. part. 6. glos. 6.* D. Pichard. *in rubr. inst. de vulgar. subst.* Y las cōdiciones potestatiuas, y grauamenes puestas al legatario, ò heredero passan, y permanecen con la misma obligacion en el substituto, ex *l. Caio Seio* 13. *ff. de aliment. legat.* mayormente quando son fauorables por razon de alimentos, ò causa pia, en cuya conservacion ad est favor publicus, quæ vtilitati priuatæ substituti præferri debet; vt ita in nostris terminis amplissime notant, & concludunt, ex *l. auia* 76. *ff. de condit. & demonstr. l. cum pater* 29. *& l. 77. §. ab instituto. ff. de legat. 2. l. cum seruus* 18. *ff. de hæred. instit. l. vnic. §. pro secundo, C. de caduc. tollend.* D. Castillo, *tom. 6. contr. cap.* 181. *à num.* 9. D. Larrea, *tom. 2. decis.* 51. *à num.* 10. Giurb. *de success. feud. cap.* 118. *§. 2. glos. 8. à num.* 10. Roxas, *de incompatibil. maior. 4. part. cap. 2. à num.* 22. Mantic. *de coniectur. lib. 10. tit. 6.* Ayllon ad Gom. *tom. 1. cap. 12. à num.* 37. qui plures allegant.

55 Siendo esto assi, y que con estos fundamētos, y doctrinas queda respondido el tercer argumento, y oposicion contraria, passemos à otro, en que tambien hazen insistencia, diziendo, que no solo son incapazes los Conventos Observantes de los legados, si tābien de las Memorias, y Aniversarios perpetuos, y assi, ò han de quedar libres de cumplir la que dexò D. Leonor, el Patronato, y su administrador: ò que (porque es-

to

to le pareciò muy duro, y contra derecho al Abogado contrario, como lo confessò en Estrados, y se allanò à que se dixessen las Missas en otra parte) las Missas se hã de decir en el Colegio de la Compañia, ò en otro lugar, y parte conveniente. No me detengo en considerar la intencion, y fin a que se dirige esta propuesta tan defectuosa de caridad, y devocion à los Convẽtos Seraficos, y sus Religiosos, y tan repugnante, y opuesta a la voluntad de la testadora, que tanto cariño mostrò tenerles. Queriendo quitarles esta limosna, y que la pia devocion, y afecto que tuvo de que en vno de ellos, y por dichos Religiosos se digan, se aya de destruir, y mudar diziendolas en otra parte; pues aviendose de decir, y cumplir, que se digan en el Convento de San Francisco, ò en otra Iglesia. Què le importa, ni daña al Padre Rector de el Colegio de la Compañia, no lo descubrimos, ni mas razon se induze, que la de vna adversion que desde su principio la han tenido, porque no logre cosa alguna del intento piadoso de la Testadora. Mas no discurramos esto, sino que como defensores del derecho Canonico, el Rector, y Colegio no quieren que se contravenga a sus reglas, entrando vnos Conventos incapaces por ellas mismas a cumplir memorias q̃ les estan prohibidas, y que este zelo, y no otra razõ les mueue a defenderlo, y impugnarlo.

§ 6 Fundandose en los lugares, y opiniones del Padre Sanchez, *lib. 7. de stat. Religios. cap. 26. à nu. 45.* D. Castill. *tom. 8. de aliment. cap. 5. à num. 30.* donde no haze mas que referir las doctrinas de Sanchez, y sus sequazes, Mostazo *de causis pijs. lib. 4. cap. 3. à nu. 25.* Barbos. *de iure Eccles. lib. 3. cap. 27. à nu. 76.* cum alijs collectis à moderno collectore, Roxas *de incompatibilit. 7. part. cap. 5.* in Add. *num. 28. & seqq.* & ab his non relato Fr. Laur. Portel. Lusitan. Ordin. Minoritar. *respons. moral. casu 4. per tot.* los quales dizen, que siendo como son las Memorias, y Aniversarios perpetuos.

tuos, renta continuada, y para siempre, y que han de recoger, y tomar de ella la limosna para decir las Missas, y convertir su dinero en las necessidades Religiosas: viene à ser adquisicion de peculio repugnante à la mendicidad, por donde se puede abrir puerta à la relaxaciõ del voto de pobreza. Si la razon de este argumento fuera de vrgente, y eficaz fundamento, corriera la conclusion, mas no lo siendo no corre, ni puede correr de ningun modo: que no lo es, patet con evidencia. Lo vno, porque pobreza no es no tener nada absolutamẽte, sino tener algo, pero poco, de forma, que con ello no se pueda passar, vt notat Seneca, *lib.3.epistol.88.* ibi: *Ego non video, quid aliud sit paupertas, quam parvi possessio.* Y Marcial, *lib.11.epigram.epistol.33.* increpando à los que se llaman pobres, porque no tienen caudal alguno en cabeza de Nestor, los reprehende assi:

Nec toga, nec focus est, ne tritus cimice lectus.
Nec tibi de bibula sarta palude teges,
Nec puer, aut senior, nulla est, ancilla nec infans,
Nec sera, nec clavis, nec canis, atque calix,
Tutamen affectas Nestor, dici, atque videri
Pauper, & in populo quaris habere locum;
Mentiris vano quo tibi blandiris honoret.
Non est paupertas. Nestor habere nihil.

Y Ciceron in Herenium lo comprueua diziendo: *Manilius pauper fuit, habuit ædiculas in carinis, & fundum in Lavicano.* Y recebir, y tener esso poco de limosna, no solo no es opuesto, antes si conforme à la mendicidad, pues por ella se toma, y recibe del que caritatiuamente, para socorrer la necessidad del pobre lo dà, vt advertit Lucas de Penna, *ad tit. de mendicant. valid. lib.11. à num.6.* Archidiacon. *in cap. quorundã de elect. à num.5.* Alvericus, *in dictionar.* verb. *Mendicitas.* Y assi las disposiciones juridicas no solo permitẽ, sino mandan que estas limosnas se den à los pobres mẽdigos, y especialmente à los Religiosos, y Conventos,

para

para que se alimenten, y no perezcan de hambre, q̃ fuera inhumanidad el no darselas, y en ellos desesperacion el no recibirlas, y assi dizen los Empetadores, y Iuriscō-sultos, *in l. Priuilegia* 12. *C. de Sacros. Eccles.* ibi: *Et quia humanitatis nostræ est egenis prospicere, ac dare operam vt pauperibus alimenta non desint; l. si longius* 18. *§. pen. in fin. ff. de iudicijs*, ibi: *Ne si ei non dederimus actionem, futurum sit vt impune fraudem patiatur, & egestate Romæ laboret, viaticulo suo non recepto; l. si quis ad declinandam* 49. vers. *Sin autem, C. de Episcop. & Cleric.* ibi: *Et sine falcidiæ ratione pauperibus, qui in civitate sunt, vel penitus mendicantibus, vel alia sustentatione egentibus eadem pecuniæ distribuantur.* Y en terminos el Doctissimo P. Fr. Henrique de Villalobos, *in summa, tom. 2. tract.* 35. *dificult.* 33. *num.* 4. *& glos. in dict. clem. exiui, §. quia igitur*, verb. *Proinde*, vers. *Secundo quæro.* Dueñas, *regul.* 381. *à nu.* 6. Quesada, *diuers. quæst. cap.* 22. *à num.* 4. Angel. Matheac. *de legat. cap.* 2. *nu.* 14. Cras. *de success. conclus.* 8. Anton. Gabriel, *commun. lib.* 4. *tit. de hæred. inst. conclus.* 1. *& tit. de legat. cōclus.* 1. Menoch. *lib.* 4. *præsump.* 120. *num.* 5.

57 Lo otro, porque quando esto cessara, y confessassemos, que el tener renta perpetua, aunque corta, era repugnante à la mendicidad, no adquiriendose esta, ni el dominio, y propriedad de la cosa, de que ella dimana al Convento Mendicante, ni sus Religiosos, sino à su Santidad, como dexamos fundado supra *à num.* 11. y à su Sindico en su nombre, para administrarlo, y distribuirlo à su arbitrio, dando la limosna al Convēto si conviene para su necessidad, y quedando este solo con la carga de decir las Missas por la limosna si se la dàn, ò sin ella, si no la recibe, se excluye la razon de la repugnancia en que se fundā los dichos Autores, y queda corriente nuestra conclusion, y sin disputa, ni controversia, la precissa obligacion de que se ayan de decir las

las Missas donde mandò la Testadora, por los medios, y razones que dexamos fundado.

58 Y solo se pudieran decir en otra parte, quando en el Convento de señor San Francisco huviere resistencia juridica que lo impidiesse, como en el caso de la *l. vsum fructum, ff. de vsufruct. legat.* que el sepulcro, ò monumento que mandò fundar el Testador, no se podia edificar su fabrica en aquella Ciudad, y se determinò conmutarse la fabrica en otro lugar. En el Colegio de la Compañia no se pueden decir, ni cumplir por la repugnancia expressa de sus constituciones, que literales refiere el mismo Autor de su Religion Thom. Sanch. *lib. 7. cap. 27. num. 9.* Luego no podrà pedir que se digan en dicho Colegio: luego se abràn de cumplir, y decir en los Altares de dicho Convento de San Francisco, como les està permitido à todos los de Observantes, y su Religion Serafica, y en sus Altares, por Bulas, y Privilegios de la Santidad de Leon X. Paulo III. Clemente V. y otros Pontifices, y por los Capitulos Generales de Toledo, y vltimamente por la Santidad de Vrbano VIII. expedido en 27. de Iulio de 1637. que aprouò por validos, y conformes à la Regla estos legados de Memorias, y Aniversarios perpetuos de Missas, y la percepcion de su limosna, como su renta no sea tan grande que baste à sustentar el Convento, sin pedir, ni mendigar otras limosnas. Y està practicado, y corriente en todos los Conventos de la Christiandad, como es notorio, y basten por particulares exemplares para su comprouacion los que refiriò en Estrados de los Conventos de Cordoua, Murcia, y Sevilla, y de este de Granada el M. R. P. M. Fr. Bartolome de Castro, Lector Iubilado, Calificador del Santo Oficio, Predicador de su Magestad, Padre de Provincia, y al presente meritissimo Prelado, y Guardian de este Convento de señor San Francisco, Casa Grande de Observantes de Granada, de cuya elegante erudicion, y doctrina, & omnigena literatu-

ra discretione, aun siendo ligera esta alabança se puede decir lo que Ciceron, *in libro de Claris oratoribus: Erudiens est verbis, sapiens sentijs elegans indicendo genere toto grauis in existimando admodum prudens in omnibus per vrbanus.* Mas faltãdo elogios à mi pluma para el de la correspondencia de sus meritos es mejor, como dixo Macrobr. in Saturnal. *cap. vlt. & satius silere quam pauca tenuiter, & leuiter dicere.* Y assi solo su nombre sea su mayor fama, solo su fama le sirva de su mayor elogio.

59 Y los tres que traen Roxas, y el moderno su nieto, y Adicionador aquel, *in tractat. de incompatibilit. 1. part. cap. 5. num. 53. & 60.* que refiere dos de vn mismo Convento, y este en el *num.* 43. de sus notas. Los dos primeros del Convento de señor San Luis de Descalços Recoletos de la Villa de la Zubia, jurisdicion de esta Ciudad, a quienes doña Maria Moreno Põce de Leon les dexò vn Legado perpetuo para sus alimentos, y fundò vn Patronato, grauando al Patrono, y vnas tierras, y hazas que para ello dexò señaladas, cõ la paga de ellos, y no obstante que lo repudiaron, y renunciaron el dicho Convento, y sus Religiosos, lo pagan los Patronos, con cuya carga, y limosna anual, y perpetua dize el mismo Roxas, que comprò el fundo, ò las tierras de la Zubia en concurso de acreedores, y la pagò à los Patronos, y estos al dicho Convento, y despues entrò à posseerlo su hijo Don Melchor de Roxas, que oy viue, que es tio, hermano de la madre del Adicionador, y sucessor en el mayorazgo del dicho Autor. Y en el *num.* 60. trae la Executoria en favor de el mismo Convento de señor San Luis, Recoletos de la Zubia, contra el Cura, y Beneficiados de la dicha Villa, en que sacada la quarta funeral, y Parroquial de Missas, y obtẽciones, las demas limosnas de Missas, y sepulturas, y otras semejantes se declarò tocar, y pertenecer à dicho Convento, no obstante la incapacidad que se le

onuso

õpuſo en el pleytõ que ſobrẽ ello ſe ſiguiò en el Iuzgado Ecleſiaſtico de eſte Arçobiſpado. Y en ſu *num*.43. el Adicionador ſu nieto trae otra ſemejante Executoria deſpachada en eſta Chancilleria el año paſſado de 674. en favor del Convento de S. Raphael de Cordova.

60 Fundandoſe eſtos, y otros infinitos quorum multitudinem ſi colligere vellem ante diem clauſo componeret veſper olympo, & me dies prius quam ſermo deficerent, para decir, y afirmar, que pueden tener, y gozar Legados perpetuos, Aniverſarios, Memorias, y obras pias en las razones, y fundamentos juridicos, y de razon, y equidad, piedad, y miſericordia q̃ dexamos citados, y propueſtos, los dichos Autores, y con ellos el Doctiſsimo ſeñor Cardenal Religioſo Seraphico Obſervante San Buenaventura, *in Apolog.q.*9. *tom*.2. *opuſculor.pag*.431. Fr. Man. *qq. regular. tom*. 2. *quæſt*.126. *art*. 4. Ovando, *in Regul. S. Franciſci, oppoſit*.19. Mirand. *in dict. Regul. cap*.80. P. Villalobos, vbi ſupra. P. Fr. Hieron. Luengo, *in eadem Regula, cap.*6.*contr*.18. *ſect*.3. *à num*.25. Zea, *in theſaur. terr. Sanct. lib*.2.*part*.4.§.3. *&* 4. à quienes ſigue, y aprueua Roxas, vbi ſupra, *nu*.4. Paſqualigio, *de Sacrificio Miſſæ, quæſt*.1092. Succus, *inſtit. moral. lib*.3.*tit*.1.*nu*.36. con otros muchos que junta el moderno D. Franciſco Moſtazo, *lib*.4.*de cauſis pijs, cap*.3.*à num*.68.

61 Conque quedan deſvanecidas las contrarias opoſiciones, y manifieſta la Juſticia que por todos medios aſsiſte al Convento de ſeñor San Franciſco, para obtener eſte Legado, y Aniverſario perpetuo, no obſtante las doctrinas contrarias, como faltas de fundamento juridico, y razones que ſe convencen con las q̃ lleuamos ponderadas, y la ſingular de Fr. Lorenço Portel, en el *caſo* 4. con lo que queda referido, y advertimos el Padre Guardian, yo en Eſtrados que eſte Autor eſcriviò el año de 611. en Portugal, y deſpues el año de 633. Villalobos, Fr. Hieron. Luengo, y los demàs, que

aqui

aqui citamos, fundandose en las Constituciones Generales de Toledo del año de 36. y la Bula del señor Vrbano VIII. del año de 37. que aprouò estos Legados: ademàs, q̃ el perder alli el legado en el caso de Portel, como tambien dixe en Estrados, fue por que por si, y sin licencia de su Santidad trataron el Convento, y Religiosos de transigir por cierto precio, lo qual repugnaba à la Regla, y asi resolviò Portel que no podian. Et ideo nihil contra nos prædicta singularis opinio sperantes exitum bonum litis tam iustæ, & favorabilem animarum sufragio: atendiendo tambien à los daños que de no cumplirla se siguen, de que trae tantos avisos, y exemplares el señor Dòn Iuan de Palafox, y Mendoza en su libro: *De Luz à los viuos, y escarmiento en los muertos*, que se escusaran cumpliẽdose la Memoria que dexò la Testadora. Salvo T.S.D.C. Granada, y Noviembre 20. de 1693.

Licenc. Don Iuan Luis de Soto.